

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MICHELI MAYUMI IWASAKI

**A TUTELA DA PROPRIEDADE FUNDIÁRIA PELO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

CURITIBA

2011

MICHELI MAYUMI IWASAKI

**A TUTELA DA PROPRIEDADE FUNDIÁRIA PELO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Sociologia Política do Programa de Pós-Graduação em Sociologia, do Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de especialista e (ou) pós-graduação *strictu sensu*.

Orientador: Prof. Dr. Renato Perissinoto

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

MICHELI MAYUMI IWASAKI

A TUTELA DA PROPRIEDADE FUNDIÁRIA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista no Curso de Especialização em Sociologia Política do Programa de Pós-Graduação em Sociologia, do Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Renato Perissinoto
Universidade Federal do Paraná

Prof.

Curitiba, ____ de _____ de 2011.

RESUMO

O compromisso historicamente firmado com os movimentos sociais pela necessidade de reforma agrária diante da alta concentração fundiária no país ganhou novo fôlego a partir da Constituição Federal da República de 1988, porém, não ficou imune aos constantes recuos e entraves legislativos e administrativos impostos pela consolidada aristocracia rural do país. A funcionalização da propriedade e da posse sofre uma grande diminuição quanto à sua extensão e aplicação, sendo constantemente reduzida à ausência de consequências jurídicas em caso de descumprimento ou à sua ineficácia material pela atuação classista do Poder Judiciário. Nesse sentido, a judicialização de políticas públicas em conflitos fundiários tendem a ampliar a arena política do Estado não só aos poderes Executivo e Legislativo, mas, também, aos inúmeros processos que envolvem a posse e a propriedade individual, na maioria das vezes descumpridora de sua função social, em detrimento de uma coletividade de trabalhadores e trabalhadoras rurais sem terra espoliados do campo.

Palavras-chave: Propriedade. Terra. Judicialização de políticas públicas. Conflito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DAS RELAÇÕES SOCIAIS...	8
2. O PODER JUDICIÁRIO E A INEFICÁCIA DA FUNCIONALIZAÇÃO DA TERRA...	21
3. OS CONFLITOS FUNDIÁRIOS E A DOMINAÇÃO DE CLASSE: O PODER JUDICIÁRIO COMO ARENA POLÍTICA	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

A partir do início da Modernidade, dentro da ordem do sistema capitalista, a propriedade da terra mesmo após a fase da *acumulação primitiva*, definida por Karl Marx, o conflito de classes e interesses é contínuo e não raramente pode trazer à tona embates dos mais violentos.

Por isso, quando o tema da questão agrária se torna política pública sujeita à reforma mediante atuação estatal é que a velha dicotomia entre o público e o privado dá lugar a novas percepções do mesmo fenômeno. Sendo a *propriedade*, pela noção de pertencimento a um lugar no mundo,¹ o elo que qualifica o indivíduo à condição cidadão apto a participar da coisa pública, é preciso repensar o lugar do *jardim* e da *praça*² em contextos socioeconômicos tais como o brasileiro.³

Ao revisitar a história da formação do regime proprietário e o modo como se constitui a intensa concentração fundiária, é notável a razão pela qual a questão agrária tornou-se matéria de interesse público. Democratizar o acesso à terra e, conseqüentemente, intervir na sua distribuição, é tarefa essencial e das mais urgentes e elementares para uma sociedade democrática do século XXI.

Talvez a questão que de imediato possa ser levantada seja esta: como tratar da mesma matéria – da propriedade rural e as possíveis políticas públicas de sua redistribuição – quando ela se apresenta codificada, no que se convencionou tipicamente por uma legislação destinada a regular as relações interprivadas?

Nesse sentido, é preciso refletir sobre algumas das contingências da velha dicotomia entre o espaço público e o privado, assim como o lugar em que desembocam os conflitos sociais decorrentes da luta pela terra, ou seja, a partir da sua judicialização. Além disso, é indispensável discutir sobre o tratamento jurídico a eles dispensado e as alternativas que possam indicar um mecanismo alternativo e emancipatório.

Com todos os problemas que podem ser encontrados no Poder Judiciário,

¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

² SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: o privado e público na vida social e histórica**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 2005.

³ IWASAKI, Micheli Mayumi; LORENZETTO, Bruno Meneses. *A redução do espaço público e a judicialização da política: reflexões a partir de Hannah Arendt e Chantal Mouffe*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, n. 19, 2010, Florianópolis. **Anais...** (no prelo)

desde a exacerbação pelo formalismo e o apego à literalidade das normas positivadas em detrimento de uma realidade social excludente até as posturas ativistas de alguns magistrados, há que se identificarem alternativas aptas a dar novas respostas ao velho problema da questão fundiária no país.

O patrimonialismo que marca a influência do *privatismo doméstico* na organização social do Brasil, a que aludia Orlando Gomes em relação ao Código Civil de Clóvis Beviláqua,⁴ encontra-se ainda latente na codificação de 2002 e na mentalidade da sociedade contemporânea.

Para diminuir o abismo entre o *sujeito virtual*, ou aquela *pessoa codificada*, e o *sujeito real*, ou *pessoa gente*, de que trata Jussara Meirelles, é preciso mitigar as diversas facetas do *ter absoluto* na medida em que o *ter real*, especialmente a posse, afirma a prioridade da satisfação das necessidades humanas.⁵ Em larga medida, essa publicização ou despatrimonialização do Direito Civil também compete ao magistrado, uma vez que o sujeito real e coletivamente organizado dele demanda o efetivo cumprimento dos direitos sociais a ele conferidos.

Para enfrentar a concepção patrimonialista tão arraigada nas instituições jurídicas e na sociedade, assim como no próprio Poder Judiciário, é preciso repensar a atividade criativa do magistrado no exercício interpretativo das normas, com a finalidade de buscar novos caminhos para ampliação de políticas públicas de acesso à terra e de direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição, dentre eles o da função social da propriedade e da posse.

Por oportuno, cabe uma advertência prévia: embora haja uma certa generalização na postura predominante do Judiciário ante os conflitos fundiários, é preciso ressaltar que existem precedentes importantíssimos que revelam o campo de batalha ali instalado. Se a derrota dos movimentos sociais é uma regra, a exceção é que a confirma.

⁴ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 14 e ss.

⁵ Explica: "O sujeito virtual é reconhecido por ter nome de família e registro; é absolutamente livre para auto-regulamentar seus próprios interesses, sendo a ele possível, por exemplo, contratar ou não, conforme seja-lhe mais conveniente, escolher a pessoa do outro contratante e até mesmo determinar o conteúdo contratual. Esse sujeito conceitual tem, igualmente, família constituída a partir do casamento; e tem bens suficientes para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes, não corresponde ao sujeito real." (MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114).

Isso posto, o trabalho encontra-se dividido em três itens, sendo o primeiro intitulado “A judicialização das políticas públicas e das relações sociais” que se destina a apresentar, ainda que de modo sumário, de tal fenômeno tão presente na contemporaneidade. Nesse intenso debate questiona-se a relação de equilíbrio entre os poderes do Estado, qual seja, de um lado a (falta) de legitimidade democrática daquele que deveria limitar-se a “dizer o direito” teoricamente considerado imparcial e “neutro” em detrimento do corpo político-administrativo e eleito diretamente pelo povo.

Na segunda parte, cujo título é “O Poder Judiciário e a ineficácia da funcionalização da terra” apresenta-se um diagnóstico do tratamento conferido ao princípio constitucional e direito fundamental da função social da propriedade, bem como alguns levantamentos estatísticos da resposta jurisdicional na resolução desse conflito.

No terceiro e último item, denominado “Os conflitos fundiários e a dominação de classe: o Poder Judiciário como arena política” tratar-se-á de uma breve revisão bibliográfica da teoria marxista sobre o Estado, seus aparelhos ideológicos e repressivos em Louis Althusser e da sua organização enquanto arena política sustentada por Nicos Poulantzas.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A hipertrofia do Poder Judiciário reflete a *expansão do estado*, sendo um dos desdobramentos do aumento dos conflitos individuais e coletivos, da demanda por mais políticas públicas previstas na lei, da dinâmica de controle de constitucionalidade e da Administração Pública, do modelo de sufrágio estabelecido, dentre tantos outros motivos. Basicamente toda e qualquer controvérsia pode transformar-se em uma lide e vir a ser decidida pelo Judiciário, de acordo com o princípio e a garantia fundamental da inafastabilidade (art. 5º, XXXV da CF).

Mauro Cappelletti aduz que na teoria clássica da separação dos três poderes, atribuída em regra a Montesquieu,⁶ ao lado da tradição justiniana, entrega-se ao juiz a função passiva de “boca inanimada da lei”, a partir da compreensão de que a este somente cabia “declarar” o direito de forma não criativa, com o uso de instrumentos de lógica dedutiva e sem envolver qualquer valoração pessoal.⁷

Segundo Luiz Werneck Vianna, a partir da organização do movimento operário e da conquista dos direitos trabalhistas, que precede ao Estado social, há uma infiltração de um argumento de justiça no campo do Direito do Trabalho, o que reduz a antinomia entre o público e o privado. A agenda de direitos com a radicalização do princípio da igualdade elimina a antes rigorosa separação entre Estado e sociedade civil, pensada a partir da tópica liberal da liberdade negativa.⁸

Há a substituição do direito voltado para o passado, centrado no paradigma da segurança e da certeza jurídicas, por outro cuja ênfase se dá no tempo futuro, em que a publicização da esfera privada pelo compromisso keynesiano integra o princípio de justiça social à administração de um extenso rol de políticas públicas em

⁶ O debate contemporâneo acerca de uma “nova separação de poderes” a partir de uma *engenharia constitucional* cuja peça central se dá por um parlamentarismo limitado é proposto por Bruce Ackerman, a partir da experiência estadunidense. Contudo, não é possível afirmar a sua relevância e compatibilidade com a realidade latino-americana, ainda que o autor tenha a pretensão de exportar tal modelo como aquele de melhor funcionamento (dos Estados Unidos) dentre as alternativas antes experimentadas (ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos; revisão da tradução de Nívia Mônica da Silva. 1 ed., 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 32.

⁸ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15-17.

matérias que não mais ficam adstritas aos particulares.⁹

De acordo com Cappelletti, dentre as causas que apontam para o alargamento da função jurisdicional, e de sua (inevitável) intensificação da criatividade da interpretação judiciária, estão a “revolta contra o formalismo” do positivismo jurídico e a ampliação dos direitos decorrentes do Estado do Bem-Estar Social, o que afeta ambas as tradições do *common law* e *civil law*. Assim destaca:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as teorias tradicionais. Escolha significa valoração e ‘balanceamento’; significa que devem ser empregados não apenas argumentos de lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.¹⁰

Para Cappelletti, o fato de a atividade jurisdicional ser criadora do direito é uma “óbvia banalidade”, um “truísmo privado de significado”. Por isso, para o autor, a discussão não deve ser levantada na perspectiva da (im)possibilidade de criação do direito pelos juízes, que é o seu ponto de início, mas sim, pelo *grau* de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* das decisões.¹¹

Embora a discricionariedade ou a escolha seja intrínseca à interpretação, é preciso reconhecer que esse certo grau de criatividade não se confunde com a *total liberdade* do magistrado. Afinal, não há relação com arbitrariedade e na medida em que a decisão fica circunscrita a certos vínculos e limites, tanto de ordem processual como substancial.¹²

É recorrente na literatura jurídica contemporânea, especialmente entre os constitucionalistas, o reconhecimento da crescente judicialização da vida e de crítica ao ativismo judicial, especialmente a partir de decisões paradigmáticas e cercadas de polêmicas recentemente apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso evidentemente não elimina as incertezas e os paradoxos intrassistêmicos na medida em que segurança jurídica e a justiciabilidade da decisão por vezes se

⁹ VIANNA *et al.* *Op. cit.* p. 15-16.

¹⁰ CAPPELLETTI. *Op. cit.* p. 33.

¹¹ CAPPELLETTI. *Ibid.* p. 24-25.

¹² CAPPELLETTI. *Ibid.* p. 23-24.

contrapõem.¹³

Luís Roberto Barroso, por sua vez, indica que as causas que fomentam a intensificação do fenômeno da judicialização são múltiplas, algumas bastante peculiares ao arranjo institucional brasileiro e outras que seguem uma tendência global e inerente às democracias ocidentais.¹⁴

A primeira delas diz respeito ao processo de *redemocratização*, com o fortalecimento do Judiciário pela recuperação das garantias dos magistrados – ao deixar de ser um órgão “técnico-especializado” para ser um “verdadeiro poder” e pela substituição de ministros no Supremo não mais vinculados ao regime militar – e o aumento da demanda por justiça mediante o acesso à informação pela população em geral, bem como pela atuação do Ministério Público e das Defensorias Públicas.¹⁵

A outra causa identificada por Barroso refere-se à inclinação, também identificado em outros países ocidentais, em adotar um modelo analítico tal qual o da Constituição de 1988. Por ser abrangente, “ambiciosa” e “desconfiada do legislador”, transformou Política em Direito e permitiu que um direito individual, a prestação estatal ou um fim público torne-se uma pretensão jurídica passível de ser buscada e tutelada judicialmente.¹⁶

Por fim, a terceira causa da intensificação da judicialização apresentada por Barroso destaca o formato abrangente do controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988, denominado eclético ou híbrido, ao somar características dos sistemas europeu e americano. Do primeiro assume o controle por ação direta, em que vários órgãos e entidades públicas e privadas têm legitimidade para a sua propositura. Já do americano herdou o controle incidental e difuso, no qual qualquer

¹³ IWASAKI, Micheli Mayumi. “Supremocracia” e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: Homenagem ao Professor Mário de Figueiredo Barbosa. Salvador, n. 19, p. 151-171. fev.2010.

¹⁴ Na definição de Barroso, “*judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.” (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 14.09.2009.)

¹⁵ BARROSO. *Ibid.*

¹⁶ BARROSO. *Ibid.*

juiz pode declarar e deixar de aplicar determinada norma em face de sua inconstitucionalidade.¹⁷

Nesse ínterim, Gilberto Bercovicci destaca a ascensão da Teoria Material da Constituição, elaborada principalmente por Carl Schmitt e Smend, que fundamenta a edição de constituições dirigentes, especialmente no pós-guerra, em que deixam de ser apenas estatais para assumirem conteúdo político. No Brasil, a influência do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho revela a opção pela Teoria da Constituição Dirigente, que induz ao fenômeno da judicialização e ao esvaziamento da política no Estado:

Em relação ao cumprimento do texto constitucional, um dos problemas dessa concepção de Constituição é o fato de que, ao recear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição. [...]

Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social. No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da Constituição Dirigente é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.¹⁸

Bercovicci alude que a principal falha dessa teoria é que ela é centrada em si mesma, “auto-suficiente”, ou seja, a Constituição concentra tal poder que se torna, por si só, solução de todos os problemas. A partir da crença na sua capacidade instrumental em transformar a realidade, a Teoria da Constituição Dirigente paradoxalmente caracteriza uma “Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política”, quando esta última é o meio capaz de concretizar a Constituição.¹⁹

Na mesma linha, Gisele Cittadino aponta a pretensão da *Constituição cidadã* em *reencantar* o mundo pós-experiência de autoritarismo militar, que não se restringe tão somente à definição das liberdades negativas. Por isso, a cultura jurídica positivista e privatista é atacada por esse modelo, a partir de um fundamento

¹⁷ BARROSO. *Op cit.*

¹⁸ BERCOVICCI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 61. p. 5-24. 2004.

¹⁹ BERCOVICCI. *Op. cit.* p. 13.

ético para a ordem constitucional e a efetividade de um amplo rol de direitos comprometidos com os valores da igualdade e dignidade humanas. E acrescenta:

É exatamente a concepção de *constituição-dirigente* que entra em conflito com nossa cultura jurídica positivista e privatista, segundo a qual a Constituição tem por objetivo preservar a esfera da ação individual, por meio do estabelecimento de um sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, do governo, o modo de exercício e aquisição do poder e, especialmente, os seus limites. Em outras palavras, apenas uma concepção de *constituição-quadro* ou *constituição-garantia* se coaduna com nossa cultura jurídica.²⁰

Diante desse quadro que favorece à judicialização da política e das relações sociais, há uma evidente e maciça crítica a determinadas posturas ativistas, recorrente em vários tribunais. De acordo com a definição de Luís Roberto Barroso, “a judicialização e o ativismo judicial são primos”, afinal, pertencem à “mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens”.²¹ Adiante, explica:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²²

Por isso, o ativismo judicial indica a superposição de um poder sobre os

²⁰ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 17-42.

²¹ BARROSO. *Op. cit.*

²² BARROSO. *Op. cit.*

demaís, e, nesse sentido, pode representar um risco pelo desequilíbrio entre as funções do Estado, que, no seu limite e em última instância, tendem a um regime autoritário pela força e supremacia das decisões.

Em contraposição à postura ativista encontra-se a autocontenção judicial,²³ ou seja, a conduta pela qual o Poder Judiciário se abstém de intervir nas ações dos outros poderes, típica do período pré-Constituição de 1988, cujas características básicas são: 1) evitar a aplicação direta do texto constitucional em situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, e assim aguardar o pronunciamento do legislador ordinário; 2) adotar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, e, por fim, 3) abster-se de interferir na definição de políticas públicas.²⁴

Como então definir o critério de legitimidade democrática do Poder Judiciário na tomada de decisões, quanto às suas possibilidades no contexto da judicialização das relações sociais e das políticas públicas e (ou) para limitar excessos e qualquer postura ativista?

As possíveis respostas a tão complexa questão ainda são delineadas pela literatura constitucional, que, segundo Barroso, nos amplos espaços de interseção e fricção entre os três poderes “não existem fronteiras fixas e rígidas, havendo uma dinâmica própria e pendular nessas interações”.²⁵

Nesse contexto também se encontra a divisão teórica entre ideais democráticos de natureza procedimental e a substancial, cujo intuito é redefinir os critérios de legitimidade da atuação do Judiciário, ante a diminuição do espaço para política decorrente de uma Constituição Dirigente e pelo déficit de função do Poder Legislativo e a inoperância por vezes atribuível à burocracia exacerbada.

De acordo com Chantal Mouffe, essas visões sobre a democracia pela ênfase na substância e no seu funcionamento estão presentes desde as teorias de Carl Schmitt e Hans Kelsen, respectivamente. Em suma, as teses giram em torno da

²³ Os termos “ativismo judicial” e “autocontenção” têm raízes na doutrina estadunidense e foram inicialmente empregados pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. (*judicial activism e self restraint*), no ano de 1947, que tratava da divisão de opiniões entre os ministros da Suprema Corte sobre as políticas públicas do *New Deal* do presidente Franklin D. Roosevelt (LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?: O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24-33).

²⁴ BARROSO. *Op. cit.*

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed, 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 385.

possibilidade, ou não, de o povo manifestar sua opinião por meio de partidos políticos e do parlamento para formar a vontade do Estado, uma vez que, para Schmitt, a democracia tinha como pressuposto a homogeneidade.²⁶

Nos termos de Mouffe, para Kelsen, a origem da democracia parlamentar não estava na possibilidade de se encontrar uma verdade por meio da discussão, mas na consciência da impossibilidade da formulação da verdade. Deste modo, a democracia liberal recorre aos partidos políticos, ao Parlamento e aos instrumentos capazes de averiguar a vontade geral. Portanto, ao reconhecer implicitamente que a democracia liberal nunca conseguirá formar uma homogeneidade substancial, sua proposta é a da renúncia da democracia “ideal” em favor de uma democracia “real”, ou seja, de uma visão realista da política e da democracia moderna.²⁷

Assim, se por um lado, Schmitt defende a democracia como substância, por outro, Kelsen acentua o caráter procedimental da democracia, por meio da ênfase aos seus aspectos funcionais. Na interpretação de Mouffe, o austro-húngaro tem razão quando insiste na necessidade da existência de procedimentos que viabilizem a consecução de acordos e condições inalcançáveis à vontade homogênea geral. Já em relação a Schmitt, concorda com a afirmação de que sem homogeneidade, não é possível haver democracia.²⁸

No plano jurídico, em que a emergência dos discursos se propaga com a mesma proporção da inflação normativa, se evidencia uma grande quantidade de direitos sem qualquer coeficiente político que possa direcionar democraticamente a sua deliberação.

O fenômeno da judicialização da política e das políticas públicas na contemporaneidade é algo bastante significativo e se insere exatamente nesse contexto. Luiz Werneck Vianna apresenta esses dois eixos teóricos sobre os quais o tema é pensado sob a denominação de *procedimentalismo* e *substancialismo*.²⁹

A corrente teórica analítica, definida como procedimental, tem como maiores pensadores o alemão Jürgen Habermas e o francês Antoine Garapon. Ambos têm em comum a opinião de que o sujeito-cidadão passaria à condição de cliente do

²⁶ MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução de Ana Cecília Simões. Revisão científica Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 1996. p. 172.

²⁷ MOUFFE. *Ibidem*.

²⁸ MOUFFE. *Op. cit.* p. 172.

²⁹ VIANNA *et al.* *Op. cit.* p. 23-24.

Estado, com a consequente perda de sua liberdade a partir de uma relação de completa dependência.

Para Garapon, o fortalecimento do Poder Judiciário representa a falência do debate político e da democracia, uma vez que as possibilidades de efetivação da igualdade estariam limitadas a uma instância substitutiva da função do próprio Estado; identificar a vida democrática nesse “Outro” alimenta questões existenciais e faz do cidadão um mero cliente portador de direitos.

A partir disso, Garapon sustenta que “o sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, em razão do desinteresse existente sobre elas e a perda do espírito público”.³⁰ Daí a percepção de que a judicialização da vida social age no sentido de desinstitucionalizar a democracia e marginalizar as instituições de mediação da sociedade civil. Por isso, o cidadão passa a exercer o papel de sujeito de direitos na esfera judiciária:

[...] o Judiciário tem avançado sobre o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e sua substituição pela emergência do cidadão-cliente como cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e de manutenção da ordem.³¹

Habermas, por sua vez, compreende que o Judiciário é um local desprovido de legitimidade democrática e, a partir disso, explicita a impossibilidade da atuação ilimitada na política, pois não obedece à racionalidade da competência legislativa e à divisão de poderes no Estado. Assim, a comunidade de intérpretes da Constituição seria composta pela opinião e vontade da sociedade civil na esfera pública, sendo desnecessária a mediação pelos tribunais.³²

Em apertada síntese, Habermas aponta três críticas principais ao modelo de justiça constitucional, especialmente aquele adotado nos Estados Unidos: 1) inobservância da clássica separação de poderes com a expansão das funções judiciais; 2) o debate sobre a indeterminação da lei e o valor da jurisprudência da

³⁰ VIANNA *et al.* *Ibid.* p. 25. *Apud.* GARAPON, Antoine. **Le Gardien de Promesses**. Paris. Ed. Odile Jacob, 1996. p. 36.

³¹ VIANNA *et al.* *Op. cit.* p. 26.

³² HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução de William Rehg. Cambridge - Massachusetts, MIT Press: 1998. p. 238-261.

Corte Constitucional, uma vez que esta entende que a orientação por princípios é equivalente a sopesar metas, valores e o bem comum; e 3) a função da Corte é de proteger o procedimento legislativo de forma democrática, ou seja, o processo político na sua totalidade.³³

Embora faça tais ressalvas ao processo de judicialização da política, Habermas defende que, numa democracia, a Corte Constitucional, assim como o Poder Legislativo, deve seguir um procedimento democrático para formar uma opinião política a partir da cidadania e compreender a vontade geral ou, no mínimo, da maioria, sem que tome a posição de legislador. Entretanto, reconhece que, empiricamente, há uma condição prévia que requer da sociedade uma cultura política da liberdade, sem a qual é impossível formar uma vontade política coletiva racional.

Em suma, para os procedimentalistas, os problemas do cotidiano da sociedade devem ser solucionados por políticas públicas voltadas para tal fim, sem a necessidade de intervenção da instituição do Poder Judiciário como mecanismo de coerção.

Entre os substancialistas, encontram-se como representantes mais significativos Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin. Ambos os juristas concordam que a judicialização não é fato estranho à democracia, mas sim, uma forma de inclusão dos setores menos integrados e uma forma de dar voz às minorias que não fazem parte do processo de formação da vontade do soberano.³⁴

A partir da realidade concreta, os substancialistas veem a democracia representativa com certa desconfiança, seja implícita ou expressamente. Com um viés pragmático e em antítese à teoria clássica da soberania popular, encontram no Judiciário um ator externo capaz de prover determinados direitos que não sejam realizados pelo Legislativo e Executivo.

Segundo Cappelletti, “a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, [...] num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”.³⁵ Além disso, afirma que o *welfare state* promoveu uma série de direitos sociais e, portanto, direitos subjetivos dos cidadãos, cuja realização dá um novo papel ao magistrado, uma vez

³³ HABERMAS. *Ibidem*.

³⁴ VIANNA *et al.* *Op. cit.*, p. 32.

³⁵ CAPPELLETTI. *Op. cit.* p.19.

que a interpretação das normas a este pertence.³⁶

Dada a abstração das normas positivadas e os sujeitos empíricos, nas suas complexidades, há um campo de atuação do juiz no sentido de cumprir as promessas feitas pela lei e (ou) pela Constituição. Como bem salienta Cappelletti, o argumento quanto à atuação do magistrado para além de seus limites não procede na medida em que este tende a ser um “tradicionalista” e “conservador”, e, assim, não expressaria uma categoria com qualquer indício revolucionário.³⁷

Na mesma direção, Dworkin sustenta que não se pode absolutizar a democracia representativa, sendo a criação jurisprudencial um direito em contínua progressão que busca a realização da liberdade e igualdade materiais. A interpretação do juiz deve, portanto, ter como fundamento o princípio da coerência normativa quanto à história do direito e a cultura política. Assim, não são os valores pessoais que devem ser considerados no momento da decisão, mas sim, os princípios que justificam o sistema jurídico e as doutrinas.³⁸

Para além da divisão entre as vertentes do substancialismo e do procedimentalismo, cuja ênfase se dá pelo conteúdo ou pelo procedimento, respectivamente, é preciso refletir sobre o papel do Poder Judiciário perante as questões concretas, mas sem que sua postura possa configurar qualquer elemento autoritário e (ou) de ativismo.

O fortalecimento do Estado social e a garantia das liberdades tornam-se mais viáveis na medida em que o Judiciário assume a condição de paridade com os demais poderes, sendo o “terceiro gigante” a equilibrar a relação de freios e contrapesos. A sua tarefa não pode ser limitada a conflitos de natureza individual e essencialmente privada, civis ou penais.³⁹

Assim, para enfrentar o tema da legitimidade democrática do magistrado, Cappelletti parte de alguns argumentos centrais. Ao juiz é dado resolver a casuística

³⁶ CAPPELLETTI. *Ibid.* p. 34-40.

³⁷ CAPPELLETTI. *Ibid.* p. 34.

³⁸ Nos termos de Dworkin: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 291).

³⁹ CAPPELLETTI. *Op. cit.* p. 47 e ss.

com todas as suas características peculiares, sem que possa interferir uma ditadura da maioria. Não é estranho à democracia representativa o fato de que esta sofre condicionamentos reais, sem mencionar ainda que a representação majoritária pode, por vezes, não ser fiel ao seu mandato. Ademais, o topo da hierarquia do Poder Judiciário, nos tribunais superiores, é nomeado a partir desses representantes do povo e, indiretamente, obrigado a “prestar contas”.⁴⁰

Além de admitir que minorias marginalizadas tenham a garantia de acesso, elas também têm maiores condições de participação no processo judicial, tendo, na condição de parte, igual e ampla oportunidade de se manifestar, o que aproxima o magistrado da realidade concreta sobre a qual irá decidir. Ante a necessidade de tutela dos direitos e das liberdades fundamentais, conclui Cappelletti:

[...] pode-se dizer portanto que, embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. [...]
Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controle adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.⁴¹

Conforme leciona Barroso, “a questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário”, motivo pelo qual a doutrina tem desenvolvido alguns parâmetros objetivos para tanto.⁴²

Claudio Pereira de Souza Neto indica as principais críticas à justiciabilidade dos direitos sociais na doutrina e assim apresenta alguns parâmetros para sua efetivação na ausência de regra específica e tão somente genericamente prevista no texto constitucional. Suas objeções dividem-se em dois grupos: 1) *principiológicas* e

⁴⁰ CAPPELLETTI. *Ibid.* p. 92 e ss.

⁴¹ CAPPELLETTI. *Op. cit.* p. 105, 107.

⁴² BARROSO. *Op. cit.* **Curso de direito**... p. 386.

2) *institucionais*. No primeiro, as críticas podem ser de ordem *liberal* (princípio da separação dos três poderes entre outros) e *democrática* (legitimidade do magistrado). Já entre as críticas institucionais encontram-se: a *financeira*, a *administrativa*, a *técnica*, a *econômica* e, por fim, a da *desigualdade quanto ao Acesso à Justiça*.⁴³

Entre os parâmetros a divisão se dá entre os *materiais* e *processuais*. No primeiro grupo, Souza Neto assim os define:

Legitimidade da atuação judicial, em regra, circunscrita à esfera da fundamentalidade material:

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das 'condições necessárias' para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).

Legitimidade da atuação judiciária, em regra, restrita aos hipossuficientes:

Os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.

Possibilidade de universalização da medida:

Os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas.

Dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade:

A concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie.

Prioridade para a opção técnica da Administração:

Quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade *prima facie* sobre a segunda.

Prioridade para a solução mais econômica:

Se há duas soluções técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos.

⁴³ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551. Ainda, nessa mesma obra, vide: COURTIS, Christian. *Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos sociais e culturais: uma breve exploração*. p. 487-513. SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. p. 553-586. SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. p. 587-599.

Variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento em políticas sociais:

Se a Administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas no setor. Se a Administração não realiza esses investimentos, o controle jurisdicional deve ser mais intenso.⁴⁴

Os parâmetros processuais, por sua vez, elencam quatro limites apresentados por Souza Neto:

Prioridade para as ações coletivas:

Como regra geral, as demandas por prestações sociais devem ser veiculadas através de ações coletivas, facultando-se o acesso direto aos litigantes individuais apenas excepcionalmente.

Legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de (a) dano irreversível e de (b) inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído:

O acesso aos litigantes individuais deve ser facultado (a) quando a não entrega da prestação possa causar dano irreversível ou (b) quando a prestação estiver prevista em texto legal ou em programa governamental, vendando-se, sobretudo, o comportamento contraditório.

Atribuição do ônus da prova de quem não tem recursos à Administração:

A prova de quem não tem recursos para universalizar a medida requerida é da Administração Pública.

Ampliação do diálogo institucional:

As decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser constituídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá.⁴⁵

Os conflitos coletivos que envolvem a disputa pela posse e (ou) propriedade da terra, portanto, não podem ficar cingidos ao Poder Executivo. Dadas as contradições do Estado, cabe também ao Judiciário, ao ser provocado em tal controvérsia, buscar uma mediação ou uma solução efetiva e com menor prejuízo social para o caso concreto, sempre fundado na legalidade e nos princípios gerais do direito.

⁴⁴ SOUZA NETO. *Op. cit.* p. 535-543.

⁴⁵ SOUZA NETO. *Ibid.* p. 543-546.

2. O PODER JUDICIÁRIO E A INEFICÁCIA DA FUNCIONALIZAÇÃO DA TERRA⁴⁶

O papel do Poder Judiciário no trato dos conflitos fundiários, via de regra, não contribui para um cenário de paz no campo, seja pela racionalidade proprietária conservadora dos juízes, desembargadores e ministros, cuja mentalidade ainda mantém-se vinculada ao Código Civil de 1916 e anterior a Constituição vigente, seja pela lógica ou influência do preconceito midiático em face dos movimentos sociais.

No âmbito do Direito e do Processo Civil, um indício de que o Poder Judiciário se omite em buscar soluções mais adequadas aos inúmeros problemas decorrentes da violenta disputa por terra no país pode ser identificada na elaboração do Plano Nacional dos Direitos Humanos o PNDH-3, instituído pelo Decreto Presidencial n.º 7.037, de 21 de dezembro de 2009.

Para se ter uma ideia, para atualizar o programa, cujas edições anteriores datam de 1996 e 2002, o governo federal, por meio da Secretaria Especial de Direitos Humanos, promoveu uma intensa agenda com audiências públicas com a convocação de toda sociedade civil em todas as regiões do país.

Pela sua amplitude e ao favorecer ao processo democrático-participativo, é possível atribuir ao PNDH-3 a condição de “instrumento programático mais legítimo desde a própria Constituição de 1988”, afinal, “vem significar verdadeira atualização constitucional, trazendo materialidade e ainda maior aplicabilidade aos seus princípios”.⁴⁷

Todo o processo culminou com a realização da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos que contou com cerca de 1.200 delegados e 800 convidados e

⁴⁶ É preciso distinguir a definição de propriedade e a terra em si, àquela é uma construção humana típica e própria da Modernidade, enquanto esta é o elemento da natureza a qual todos os seres humanos de diferentes civilizações fizeram e fazem jus para sua sobrevivência. Assim sustenta Carlos Frederico Marés de Souza Filho: *“É muito recente e localizada a prática de concentrar a produção num espaço de terra, e ainda mais recente transformar essa concentração em proveito de uma única pessoa e chamar a isso direito de propriedade. [...] A propriedade da terra gera males paradoxais porque destrói a natureza com força devastadora e argumenta que mais precisa destruir para dar de comer a desesperado e incontável contingente humano. Ironicamente, quanto mais destrói a natureza, menos vida possibilita, inclusive humana, quanto mais altera os seres vivos, mais se aproxima da morte. Há algo errado nessa lógica inversa, não é possível que a garantia de uma direito individual seja o flagelo do direito dos povos.”* (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra**. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 12-13)

⁴⁷ ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sergio; FRIGO, Darci. *A luta por direitos e a criminalização dos movimentos sociais: a qual Estado de Direito serve o sistema de justiça?* In: COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Conflitos no campo Brasil 2009**. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 119-126.

observadores. Além disso, foram incorporadas ao PNDH-3 todas as propostas aprovadas em mais de cinquenta conferências nacionais temáticas, o que reflete um amplo debate sobre as políticas públicas em diversas áreas.⁴⁸

No eixo orientador IV, denominado “Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência”, encontramos a diretriz 17, pela “promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos”, com as seguintes ações programáticas nos objetivos estratégicos de “acesso à Justiça no campo e na cidade”:

b) Propor projeto de lei voltado a regulamentar o cumprimento de mandados de reintegração de posse ou correlatos, garantindo a observância do respeito aos Direitos Humanos.

c) Promover o diálogo com o Poder Judiciário para a elaboração de procedimento para o enfrentamento de casos de conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais.

Recomendação: Recomenda-se ao Poder Judiciário normatização administrativa para agilização dos processos referentes a conflitos fundiários urbanos e rurais.

d) Propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação como ato inicial das demandas de conflitos agrários e urbanos, priorizando a realização de audiência coletiva com os envolvidos, com a presença do Ministério Público, do poder público local, órgãos públicos especializados e Polícia Militar, como medida preliminar à avaliação da concessão de medidas liminares, sem prejuízo de outros meios institucionais para solução de conflitos.⁴⁹

O texto original do ponto sobre a mediação na ação programática “d” provocou a revolta dos setores ruralistas, ainda que estes tenham sido convidados a participar das conferências, e foi então alterado por meio do Decreto n.º 7.177, de 12 de maio de 2010, quando passou a vigorar com a seguinte redação:

d) Propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação nas demandas de conflitos coletivos agrários e urbanos, priorizando a oitiva do INCRA, institutos de terras estaduais, Ministério Público e outros órgãos públicos especializados, sem prejuízo de outros meios institucionais para solução de conflitos.⁵⁰

A simples ação de indicar a proposição de projeto de lei para realizar uma

⁴⁸ SILVA, Luiz Inácio Lula da. *Apresentação*. In: BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Reimpressão. Brasília: SEDH, 2010. p. 11-14.

⁴⁹ BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Reimpressão. Brasília: SEDH, 2010. p. 181-182.

⁵⁰ BRASIL. *Op. cit.* Errata (anexa).

audiência coletiva com intuito conciliatório como ato inicial do processo nos conflitos fundiários provocou uma série de críticas fundadas em um “atentado contra a propriedade privada” e por “ferir o princípio do juiz natural”. Conforme visto anteriormente, o descumprimento da função social da propriedade, por si só, é requisito essencial para que o titular do imóvel faça jus à sua tutela possessória. A interpretação constitucionalizada do Código de Processo Civil é condição *sine qua non* para eventual apreciação e deferimento de medida liminar.

Sob a justificativa de afronta ao princípio do juiz natural, em fevereiro de 2010, foi apresentado o projeto de decreto legislativo - PDC n.º 2.399/2010, de autoria do deputado federal Carlos Mendes Thame (PSDB/SP), com o objetivo de suspender a eficácia do dispositivo. Segundo ele, há função “castradora” ao Poder Judiciário ao PNDH-3 propor a mediação como alternativa de proteção aos direitos humanos.⁵¹

O argumento é tão paradoxal, em si, que não merece maiores comentários. Afinal, ao juiz é permitido realizar audiências sempre que assim entender, para oportunizar a mediação e a conciliação dos conflitos, que, na grande maioria das vezes, são cercados de altos índices de violência. Nas ações possessórias há previsão expressa quanto à possibilidade de realização de audiência prévia, ainda que a opção mais comum seja a da concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, especialmente quando nesta se encontram movimentos sociais.

A experiência da advocacia e assessoria jurídica populares sobre a questão agrária demonstra que a postura do Poder Judiciário impede a concretização de efetiva tutela da função social da posse e da propriedade. O movimento social que luta pela realização material da Constituição é o que sofre as maiores represálias que se iniciam pelos confrontos com as milícias privadas, da violência do Estado pelas polícias e finalmente é legitimado em instância judicial, quer para criminalizá-lo, quer para expulsar os trabalhadores rurais.

Nesse sentido, encontram-se as críticas de Jacques Távora Alfonsin, Darci Frigo e Antônio Sérgio Escrivão Filho, ao verificar no Judiciário um ente estatal que impede a consecução de direitos e garantias fundamentais básicos e reprime

⁵¹ Ainda justifica o parlamentar: “O enunciado é muito claro em seus objetivos: institucionalizar a mediação como ato inicial das demandas de conflitos agrários e urbanos, denotando claramente o propósito de subverter a ordem jurídica e seus princípios basilares, inclusive com grave prejuízo à celeridade processual e para a pacificação da conflituosidade social.” (JÚNIA, Raquel. **PNDH 3: menos dispositivos para coibir a violência no campo**. Disponível em: <<http://pndh3.com.br/noticias/pndh-3-menos-dispositivos-para-coibir-a-violencia-no-campo/>>. Acesso em 16.12.2010.)

ostensivamente aos militantes dos movimentos sociais por meio da criminalização.

Frigo e Escrivão Filho apontam que entidades representantes da classe dominante têm buscado alianças cada vez mais estreitas com o Judiciário. Exemplo disso foi a recente atuação diante do Conselho Nacional de Justiça, ou para impedir ou para modificar projetos, como foi o caso da criação de uma justiça especializada em matéria fundiária e ambiental, e indicam prognósticos de que a influência sobre a magistratura tende a aumentar, e, conseqüentemente, também a repressão aos movimentos sociais.⁵²

Alfonsin, por sua vez, classifica o posicionamento do Poder Judiciário sobre as ações que versam sobre conflitos fundiários sobre três categorias: 1) julgados que não reconhecem qualquer eficácia ao princípio da função social da propriedade ou até a consideram matéria imune à investigação judicial; 2) julgados que lhe reconhecem alguma eficácia, mas sensivelmente diminuída por alegadas lacunas e antinomias do ordenamento jurídico que o disciplina; e 3) julgados que lhe reconhecem eficácia plena e aplicabilidade imediata.⁵³

A evidência dos “poderes constituídos contra poderes constituintes” se dá especialmente no primeiro e segundo grupos, em que não são raros os discursos que clamam pelos direitos fundamentais e a busca por justiça social, e ao final negam a tutela em prol do coletivo e dos movimentos sociais nos conflitos fundiários. A postura de se eximir da responsabilidade de buscar um caminho mais viável é uma das características que chama a atenção de Jacques Távora Alfonsin, ao mencionar um acórdão do Superior Tribunal de Justiça em pedido de intervenção federal:

‘Não resta dúvida de que a propriedade deve ter função social. Mas descabe ao Judiciário embrenhar por tais searas. Solucionar tais conflitos se acha unicamente nas mãos dos executivos Federal e Estadual. A questão dos *sem-terra* que é nacional, e não local, é grave e preocupa a todos nós. Por outro lado, uma decisão judicial formada através do regular processo, deve ser cumprida e prestigiada, sob pena da instalação de uma verdadeira anomia, onde imperaria a força bruta e não a lei e o direito.’

Como se observa, a responsabilidade dos outros Poderes, aqui, equivale,

⁵² ESCRIVÃO FILHO; FRIGO. *Op cit.* p. 124-126.

⁵³ ALFONSIN, Jacques Távora. *Apontamentos sobre alguns julgados brasileiros*. In: In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (org.). **O direito achado na rua vol 3**: Introdução crítica ao direito agrário. Brasília, Universidade de Brasília, Decanato de Extensão, Grupo de Trabalho de apoio à Reforma Agrária, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 269-282.

de fato, à uma ‘irresponsabilidade’ do Judiciário, e a “preocupação” do próprio Tribunal com a situação dos ‘sem-terra’ deixa entrever uma certa mal-estar de consciência para se julgar como se vai julgar, no caso, um reconhecimento de que a solução do caso constituirá, mesmo, um mal menor, a partir daquele ‘por outro lado’. O descumprimento da função social da propriedade, por outro lado, não constituiria ‘força bruta’.⁵⁴

Não se trata de esperar do Judiciário uma postura ativista, mas, ao menos, que busque uma interpretação conforme a Constituição e que se coloque as necessidades básicas dos movimentos sociais na pauta de todos os poderes, em conjunto ou separadamente, a fim de buscar soluções mais justas e eficazes.

Além desse, outro julgado do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul é trazido em seu trabalho, ante o reconhecimento no sentido de permitir a especulação imobiliária em que o desembargador afirma expressamente: “inexiste mal algum na aquisição de imóvel para esperar a valorização dele e depois negociá-lo. Todos fazem isto. É o investimento cuja finalidade é o lucro, ou a manutenção da expressão monetária. Todos especulam.”⁵⁵

Ao tempo desse julgamento,⁵⁶ a reprovabilidade da especulação imobiliária já poderia ser extraída da interpretação do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil ao estabelecer que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Além dela, o princípio da função social da propriedade, urbana ou rural, na condição de garantia fundamental prevista na Constituição, o Estatuto da Cidade e a proibição do abuso do direito do proprietário pelo Código Civil de 2002 denotam a vedação legal de tal postura.

Diante da incapacidade do Poder Judiciário em constitucionalizar a aplicação do Código de Processo Civil, encontram-se inúmeras decisões em que a simples existência do título imobiliário é apto a prover a tutela ao proprietário, independentemente das ações ou omissões que pratica sobre a terra. Adiante apresenta-se um exemplo típico a partir de acórdão proferido pelo extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CERCEAMENTO DE DEFESA
EM FACE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INOCORRÊNCIA

⁵⁴ ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 239-240.

⁵⁵ ALFONSIN. *Ibid.* p. 241.

⁵⁶ Mesmo que o voto do acórdão mencionado date de 16.12.1982, essa é uma mentalidade ainda bastante presente na sociedade brasileira.

DIANTE DAS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS E DO FATO NOTÓRIO CUJA PROVA SE DISPENSA (ART. 334, I) - **INVASÃO DE ÁREA RURAL PELO MOVIMENTO DOS SEM TERRA - ALEGAÇÃO DE QUE HAVERIA A NECESSIDADE DE COMPROVAR A POSSE OU DE QUE A PROPRIEDADE CUMPRE SUA FUNÇÃO SOCIAL - DESNECESSIDADE**, UMA VEZ QUE NA LIDE NÃO SE DISCUTE DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL E A POSSE EXSURGE DA TITULAÇÃO OFERECIDA E DO PRÓPRIO APROVEITAMENTO ÚTIL DAS ÁREAS EM FOCO, ATESTADA PELO INCRA EM CORRESPONDÊNCIA REMETIDA AO PROPRIETÁRIO - LIDE ENDEREÇADA A RÉUS IDENTIFICADOS E NÃO IDENTIFICADOS - POSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, NO PARTICULAR ASPECTO DE CONCEDER AOS APELANTES O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA - CONDENAÇÃO NAS VERBAS DA SUCUMBÊNCIA - POSSIBILIDADE - EXEGESE DO ARTIGO 12 DA LEI N. 1060/50. (TAPR - Primeira C. Cível (TA) - AC 0166841-5 - Loanda - Rel.: Des. Ronald Schulman - Unânime - J. 24.04.2001) (grifo nosso)

Nesse caso, o acórdão afirma que o cumprimento da função social somente interessa ao ordenamento jurídico quando requisito para desapropriação por interesse social, sem qualquer repercussão nas ações possessórias.

Uma pesquisa realizada pelo Escritório Modelo Dom Paulo Evaristo Arns da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em conjunto com o Centro pelo Direito à Moradia contra Despejos – COHRE, Pólis Instituto de Estudos Formação e Assessoria em Políticas Sociais e Terra de Direitos, publicada na Série Pensando o Direito do Ministério da Justiça, revela dados estatísticos alarmantes sobre a postura do Poder Judiciário em relação aos “Conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis”.⁵⁷

A partir dela, com a comparação entre acórdãos dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Paraná e dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª Região, separados metodologicamente a partir de cada estado, é possível identificar muitas semelhanças e diferenças a partir de cada um. No Paraná, em especial, constata-se uma maior uniformidade quanto aos sujeitos e as medidas judiciais intentadas em relação aos imóveis rurais.

Para se ter um breve diagnóstico da dimensão do conflito e das tendências encontradas para os imóveis rurais no TJ/PR e TRF4 verifica-se que a partir de uma amostra jurisprudencial de conflitos fundiários coletivos pós-Constituição Federal de 1988, 82% delas eram possessórias, outros 11% adotavam a via de ação

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; AURELLI, Arlete Inês (coord.). **Série pensando o direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis**. São Paulo, Brasília, n. 7, set.2009.

declaratória, sem qualquer ocorrência para ação de despejo.⁵⁸

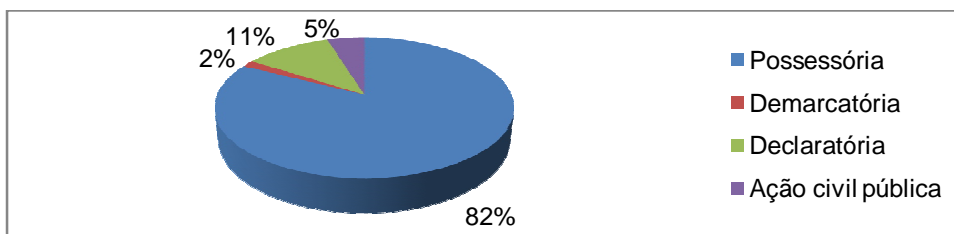


Gráfico 1 – Tipos de ação

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

Dentre os autores nessas ações, 61% são pessoas físicas, 10% são sociedades comerciais e somente 5% da autoria pertence à União. Já dentre os réus, 39% são pessoas físicas (dentre estas se encontram àquelas em que se qualificam somente algumas lideranças dos movimentos sociais), 12% são movimentos sociais (sem personalidade jurídica) e em outros 12% a União.⁵⁹

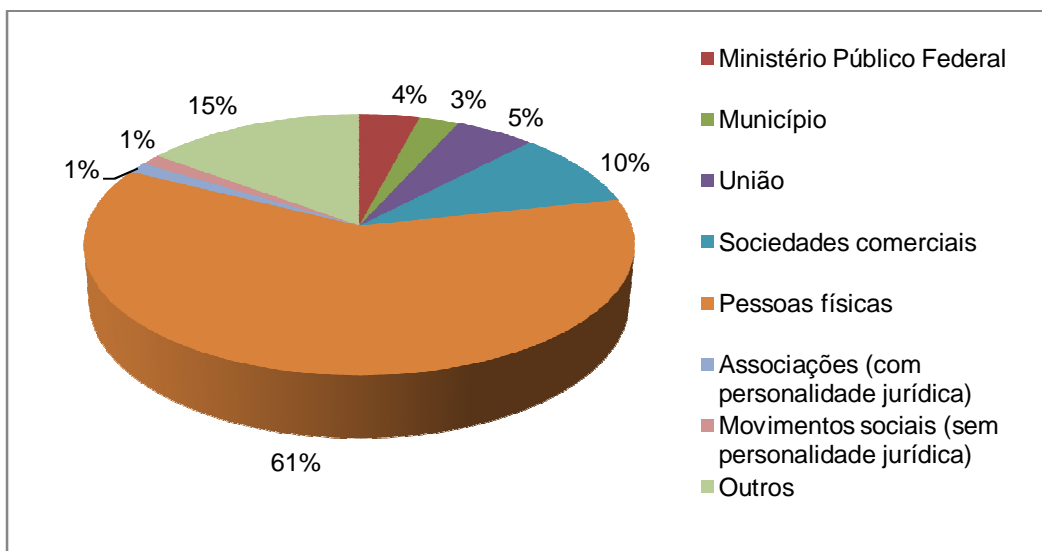


Gráfico 2 – Autores

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

⁵⁸ *Ibid.* p. 68.

⁵⁹ *Ibid.* p. 70-71.

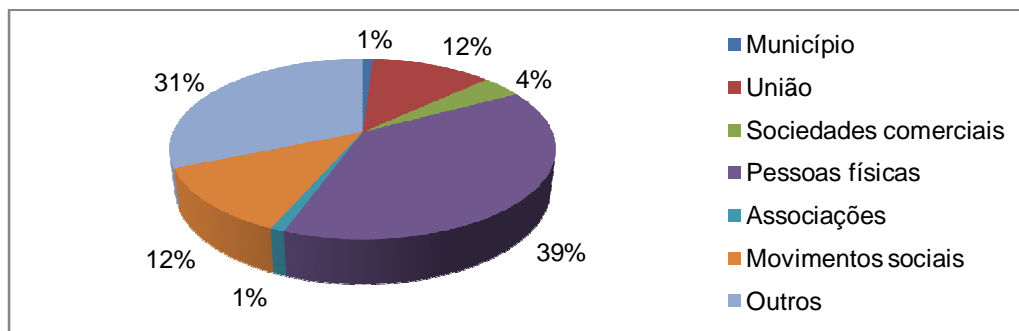


Gráfico 3 – Réus

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

O pedido principal nessas ações em 85% dos casos é de reintegração ou manutenção de posse, sendo em 88% cumulado com indenização material e outros 13% com indenização financeira.⁶⁰

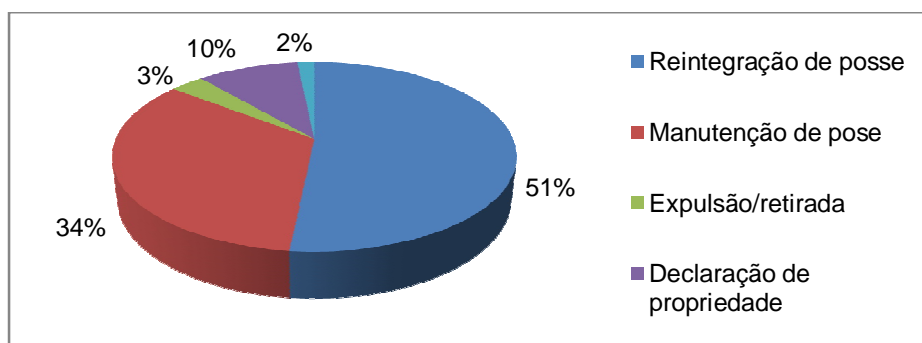


Gráfico 4 – Pedido principal

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

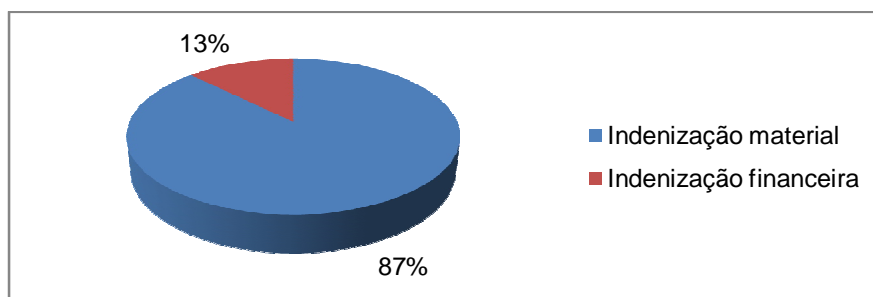


Gráfico 5 – Pedido principal cumulado com

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens

⁶⁰ *Ibid.* p. 72-73.

imóveis

Quando à ocorrência de pedido liminar, verifica-se que em 80% dos casos analisados ele está presente, dentre tal montante, 72% são de liminares e 28% de tutela antecipada.⁶¹

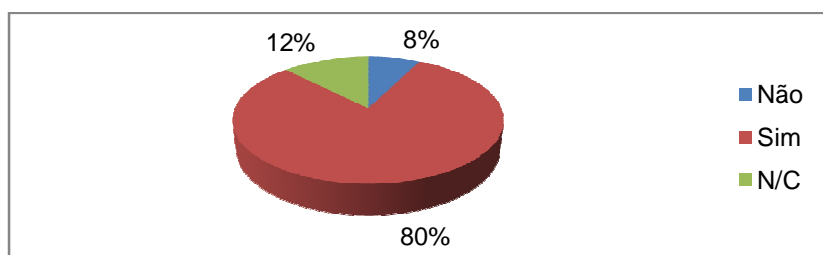


Gráfico 6 – Houve pedido de liminar?

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

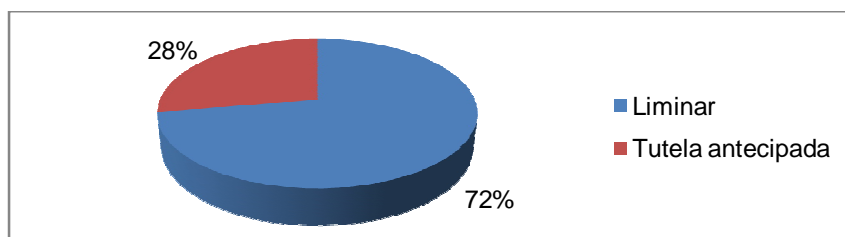


Gráfico 7 – Sim, qual tipo?

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

Quando apreciada em primeira instância, em 67% dos casos os pedidos liminares foram deferidos antes da oitiva do réu, em segunda instância, esse número cai para 50% e a após a oitiva do Ministério Público, inicialmente nula, sobe para 29%. Verifica-se que a participação do(s) réu(s) é medida excepcional, verificada em 33% e 21% dos casos, respectivamente, em primeira e segunda instâncias.⁶²

⁶¹ *Ibid.* p. 74.

⁶² *Ibid.* p. 76-78.

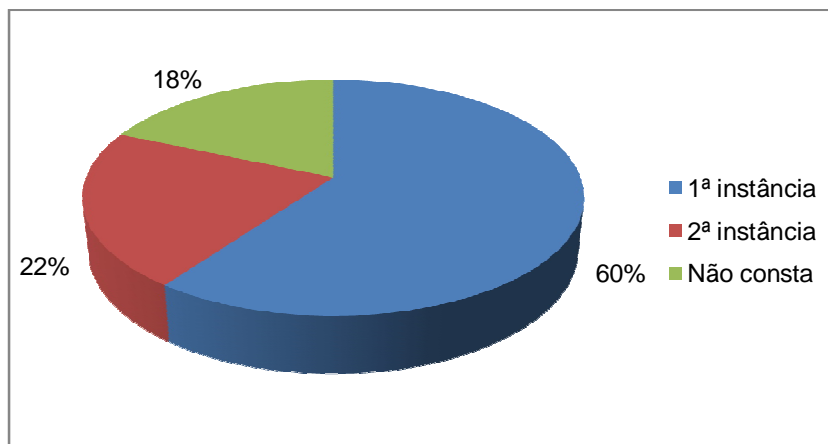


Gráfico 8 – Momento da apreciação do pedido

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

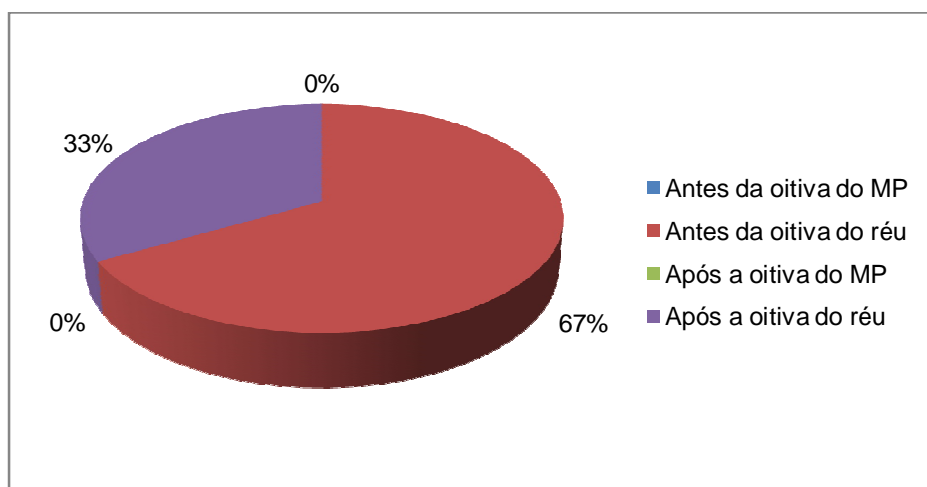


Gráfico 9 – Momento da apreciação do pedido em 1ª instância

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

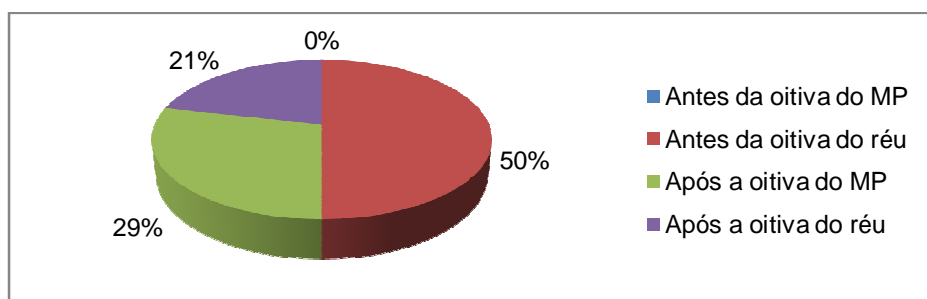


Gráfico 10 – Momento da apreciação do pedido em 2ª instância

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

Dentre todos os dados dessa pesquisa, o que mais chama a atenção e reitera o que foi anteriormente exposto refere-se ao item do cumprimento da função social da propriedade como fundamento para concessão ou negação da medida liminar, visto que somente em 9% essa condição fundamentou a decisão, em 41% foi alegada pelas partes, contudo não adotada, e em outros 50% “não consta”.⁶³ Como as pesquisas foram realizadas a partir de acórdãos disponíveis nos tribunais, alguns elementos talvez não possam ter sido encontrados nos relatórios e (ou) votos. A omissão, neste ponto específico, pode ser interpretada em boa parte como a inaplicabilidade do princípio da função social da propriedade.

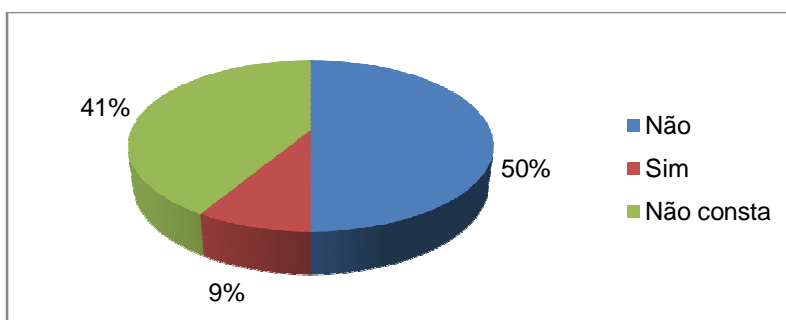


Gráfico 11 – A função social da propriedade foi usada como fundamento para a concessão/denegação da liminar?

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

Em 41% dos casos não houve tentativa de mediação do conflito, o que ocorreu em apenas 11% das situações verificadas. Em outros 48% não consta tal informação.⁶⁴

⁶³ *Ibid.* p. 79, 89.

⁶⁴ *Ibid.* p. 89.

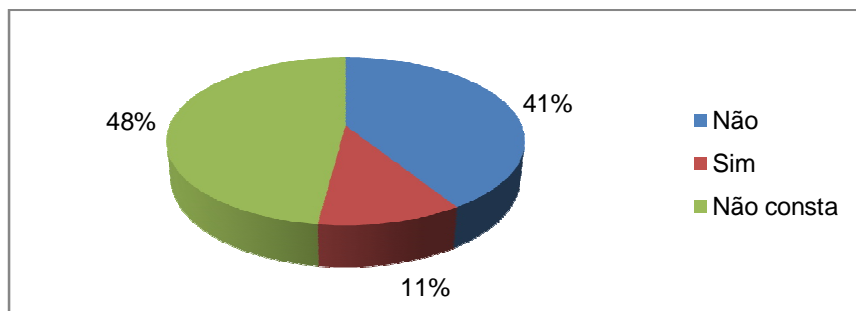


Gráfico 12 – Houve tentativa de solução amigável?

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

No que tange aos fundamentos da sentença de mérito, os princípios utilizados são vários: em 43% dos casos atendem pela segurança patrimonial, 7% ao princípio da dignidade da pessoa humana, 6% à justiça social, 6% à moradia e em 4% à função social da propriedade.⁶⁵

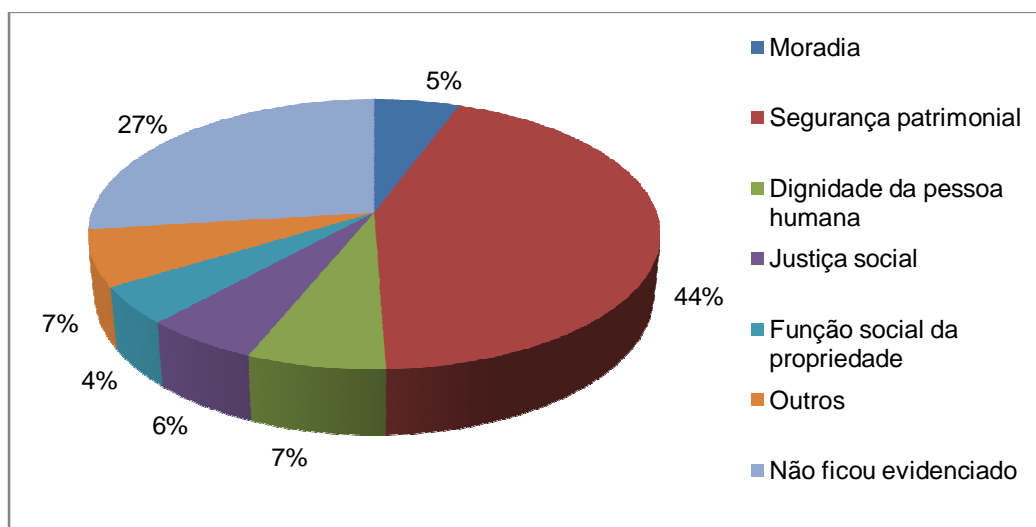


Gráfico 13 – Quais princípios foram atendidos na sentença?

Fonte: Série Pensando o Direito: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis

Ainda que esses dados expressem a situação dos conflitos fundiários agrários no Estado do Paraná, é possível compreender porque a mesma diligência proposta pelo PNDH-3 é indicada por vários projetos de lei para alteração do procedimento das ações de manutenção e reintegração de posse que visam garantir a ampliação

⁶⁵ *Ibidem*.

do direito à moradia, à cidade e à reforma agrária, nos conflitos coletivos que envolvam posse ou propriedade da terra urbana ou rural, também pautada pelas diretrizes e princípios da Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos.⁶⁶

Em suma, dada a natureza da lide, é necessário um procedimento especial em que se garantam, além da função social da propriedade e da posse, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em que a eventual liminar somente passe a ser apreciada após a oitiva do pólo passivo. A repersonalização do Direito Civil também afeta a instrumentalidade do processo, cuja racionalidade formalista e individual não tem mais sentido.

Os fundamentos sociológicos e políticos desse tipo de lide indicam a necessidade de compreender a judicialização dos conflitos sociais na qualidade de um processo coletivo, ou seja, uma espécie de “processo de interesse público” (*public law litigation*). Na definição de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior:

Os processos coletivos servem à ‘litigação de interesse público’, ou seja, servem às demandas judiciais que envolvem, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, [...] na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais pólos destas demandas, credor/devedor). Melhor dizendo, não interesses ‘minoritários’, mas sim interesses e direitos ‘marginalizados’, já que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos ‘majoritários’ na sociedade, embora não tenham voz, nem vez.⁶⁷

Aliás, esses autores vão além, ao sustentar “a defesa do interesse público primário através dos litígios cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas através desta *litigação*”.⁶⁸ Nesse sentido, a diminuição da concentração fundiária e a observância do princípio da função social caracterizam interesse primário a ser tutelado em todas as esferas de poder, inclusive pelo Judiciário. É preciso, entretanto, mudar a mentalidade individual e patrimonialista que impera na magistratura.

⁶⁶ *Ibid.* p. 127.

⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo** vol. 4. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 36-38.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR. ZANETI JÚNIOR. *Ibid.* p. 39.

Essa mentalidade conservadora resta tão impregnada na racionalidade e no senso comum dos juristas que não se limita ao Poder Judiciário. Isso se nota pela manutenção quase sem modificações na regulamentação das ações possessórias no anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Exemplo nítido se verifica quanto à possibilidade de exercício do contraditório pelos réus, antes de deferimento da medida liminar, que permanece sob a faculdade do juiz, conforme se vê no artigo 647.⁶⁹

⁶⁹ Sobre as ações possessórias de manutenção e reintegração de posse, diz o anteprojeto do novo Código de Processo Civil:

CAPÍTULO IX

DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Seção I

Disposições gerais

Art. 639. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos requisitos estejam provados.

Art. 640. É lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de:

I – condenação em perdas e danos;

II – cominação de pena para caso de nova turbacão ou esbulho;

III – desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.

Art. 641. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbacão ou do esbulho cometido pelo autor.

Art. 642. Na pendência de ação possessória é vedado, assim ao autor como ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio.

Art. 643. Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da Seção II deste Capítulo quando proposta dentro de ano e dia da turbacão ou do esbulho; passado esse prazo, será comum, não perdendo, contudo, o caráter possessório.

Art. 644. Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de cinco dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa.

Seção II

Da manutenção e da reintegração de posse

Art. 645. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbacão e reintegrado no de esbulho.

Art. 646. Incumbe ao autor provar:

I – a sua posse;

II – a turbacão ou o esbulho praticado pelo réu;

III – a data da turbacão ou do esbulho;

IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Art. 647. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

Art. 648. Julgada procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração.

Art. 649. Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos cinco dias subseqüentes, a citação do réu para contestar a ação.

Nas leis da Física Newton definira que a toda ação corresponde uma reação. Assim, de modo análogo, a concentração fundiária historicamente consolidada faz com que os oprimidos por esse sistema se organizem coletivamente, em movimentos sociais, e promovam (re)ações em prol dessa bandeira da reforma agrária, com a mesma força e intensidade conferidas pela Constituição. Entretanto, a incompreensão sobre a legalidade e legitimidade desses atores sociais é tamanha que a utilização do Judiciário pela classe dominante faz com que este facilmente se torne o algoz dos camponeses e trabalhadores rurais sem-terra.

Além de ter essa postura omissa no que se refere à concretização da função social da propriedade e da posse sobre a terra em âmbito cível, não raro, o Judiciário cumpre um papel nitidamente repressivo ao criminalizar aos movimentos sociais e autorizar condutas ilícitas que violam uma série de outras garantias fundamentais.⁷⁰

Exemplos evidentes disso são as inúmeras denúncias e processos penais que envolvem desde furtos de uma ave, que poderia eventualmente caracterizar “furto famélico”, até tipos penais de esbulho possessório, dano, cárcere privado, formação de quadrilha, tentativa de homicídio, entre tantos outros, que, normalmente, estão desacompanhados de qualquer indício de autoria e materialidade.

Se ser submetido a um processo criminal sem nada ter cometido é um exercício arbitrário do Estado em face do cidadão, o pior ainda se constata quando prisões cautelares são determinadas sem que tenha sido realizada a regular citação ou o mínimo do procedimento investigatório que permita dar conhecimento ao réu. A praxe não deve muito ao imaginário *kafkaniano*.

Recentemente, no ano de 2009, a Organização dos Estados Americanos – OEA, por meio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – SIDH, reconheceu a responsabilidade do Estado do Paraná pela violação de uma série de direitos humanos dos trabalhadores rurais sem-terra, ou seja, condenou a criminalização e

Parágrafo único. Quando for ordenada a justificação prévia, o prazo para contestar será contado da intimação da decisão que deferir ou não a medida liminar.

Art. 650. Aplica-se, quanto ao mais, o procedimento comum. (BRASIL. Congresso Nacional, Senado Federal, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010. p. 193-195).

⁷⁰ GUTERRES, José Augusto. **A questão agrária brasileira e a atuação do MST para efetivação de direitos à luz do conceito de hegemonia de Gramsci**. 2008. 185 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2008.

perseguição promovida contra o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra durante os anos de 1995-2002.⁷¹

A organização de milícias armadas para realizar despejos ilegais, que resultou na morte de dois agricultores, a execução por emboscada de outras duas lideranças, a aliança entre um tenente coronel no fornecimento de armas às milícias, financiados pelos sindicatos ruralistas, assim como a realização de interceptação telefônica irregular são alguns dos fatos que constituem o cenário do período. O conteúdo dessa escuta, aliás, foi fornecida e divulgada pela imprensa em âmbito nacional, sendo tal conduta expressamente repreendida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.⁷²

Se a violência no campo permanece e a promessa constitucional da reforma agrária não foi cumprida é porque o Judiciário tem parcela de responsabilidade sobre a aplicação do princípio da função social da posse e da propriedade, ainda bastante incompreendidos em toda a sua extensão.

3. OS CONFLITOS FUNDIÁRIOS E A DOMINAÇÃO DE CLASSE: O PODER JUDICIÁRIO COMO ARENA POLÍTICA

Uma das passagens mais conhecidas de Karl Marx encontra-se no prefácio da obra “Contribuição à crítica da Economia Política”, que sintetiza a sua compreensão sobre a dinâmica social e econômica do modo de produção, nos seguintes termos:

Na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; estas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina a sua consciência.⁷³

⁷¹ ESCRIVÃO FILHO; FRIGO. *Op cit.* p. 121-122.

⁷² ESCRIVÃO FILHO; FRIGO. *Op. cit.* p. 121-122.

⁷³ MARX, Karl. *K. Marx: teoria e processo histórica da revolução social*. In: FERNANDES, Florestan

A partir disso, é possível afirmar que no pensamento marxista existe uma inter-relação entre a estrutura e a superestrutura; esta, em última análise, serve como mecanismo de controle social com o fim de estabilizar e manter a primeira, sendo, em certa medida, definida como mecanismo de controle social da ordem estabelecida.

Assim, na continuação do trecho anteriormente citado, diz Marx:

Em certa etapa de seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes, ou, o que não é mais que sua expressão jurídica, com as relações de propriedade no seio das quais elas se haviam desenvolvido até então. De formas evolutivas das forças produtivas que eram, essas relações convertem-se em entraves. Abre-se, então, uma época de revolução social.⁷⁴

De acordo com ele, as transformações decorrentes desse processo na base econômica (estrutura) modificam mais ou menos lentamente a superestrutura. Essas mudanças podem ser constatadas a partir das ciências físicas e naturais, afinal, as formas ideológicas que permitem que os homens adquiram consciência devem ser explicadas pelas suas contradições da vida material, pelo conflito que existe entre as forças produtivas sociais e as relações de produção.⁷⁵

Nesse sentido, Marx sustenta que com o desenvolvimento das relações materiais de produção capitalistas faria com que o próprio sistema entre em contradição, e, assim, conduzir-se-ia a um novo modo de produção – o socialista. Todavia, a interpretação desse texto, por alguns teóricos marxistas e marxianos, permitiu que algumas imprecisões na sua leitura chegassem a lhe desvirtuar o sentido.

O Estado é geralmente entendido a partir de uma representação como superestrutura na metáfora do edifício social e, portanto, um correspondente da estrutura e dos valores da classe dominante; o “comitê diretor” da classe dominante onde não haveria espaço para o proletariado libertar-se de sua alienação na medida em que as formas ideológicas são imprescindíveis para a manutenção da reprodução das condições de produção. Uma segunda interpretação, considerada

(Org.) **K. MARX F. ENGELS**: História. 3 ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 233.

⁷⁴ MARX. *Op. cit.* p. 233.

⁷⁵ MARX. *Ibidem*.

mais vulgar, vê no Estado um instrumento de dominação de uma classe e não, o lugar das contradições e da luta de classe, que conduz à contraditória ideia de instância instrumental socialmente neutra.⁷⁶

Dentre os equívocos comuns na compreensão do materialismo histórico proposto por Marx, como bem pontua Orlando Gomes, pode-se destacar dois bastante recorrentes: 1) o alcance exagerado do economicismo pela atribuição da “influência exclusiva e tirânica” do fenômeno econômico sobre os demais; 2) a “maneira rudimentar e leviana da aplicação do determinismo marxista” ao isolar aspectos parciais da estrutura econômica sem interpretá-los por meio dos “intermediários” que são as formas ideológicas.⁷⁷

Segundo Michael Löwy, a definição de *superestrutura* ou *ideologia* em Marx, que compreendem o Estado e o próprio direito, encontra-se em algumas passagens da obra sobre o *Dezoito Brumário*:

Trata-se do celebre parágrafo que analisa a relação entre os representantes do partido democrático e sua classe, a pequena burguesia. Examinemos algumas das idéias que Marx sugere – explícita ou implicitamente – neste texto de surpreendente riqueza.

a) É a classe que ‘cria e forma’ as visões sociais de mundo (‘superestruturas’), mas estas são sistematizadas e desenvolvidas por seus ‘representantes políticos e literários’, isto é, seus ideólogos (ou utopistas). A visão social do mundo (ideológica ou utópica) com seus diversos componentes corresponde não somente aos interesses materiais de classe mas também à sua *situação social* – conceito mais amplo, que permite superar a tentativa reducionista que relaciona as ideologias apenas ao ‘interesse’ (economicamente definido).

b) Os intelectuais são relativamente autônomos com relação à classe. Eles podem ser separados dela por um ‘abismo’ social e cultural; sua ‘situação pessoal’ não deve ser de todo necessariamente a mesma que aquela da classe que ele representa. O que os faz representantes desta classe é a ideologia (ou utopia) que eles produzem.

c) O que define uma ideologia (ou utopia) não é esta ou aquela idéia isolada, tomada em si própria, este ou aquele conteúdo doutrinário, mas uma certa ‘forma de pensar’, uma certa *problemática*, um certo *horizonte* intelectual (‘limites da razão’). De outro lado, a ideologia não é necessariamente uma mentira deliberada; ela pode comportar (e comporta geralmente) uma parte das *ilusões* e de auto-ilusões.⁷⁸

⁷⁶ ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Introdução: Althusser, a ideologia e as instituições*. In: ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 10 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. p. 7-51.

⁷⁷ GOMES, Orlando. *Marx e Kelsen*. In: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 49-115.

⁷⁸ LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 2 ed. São Paulo: Busca Vida, 1987. p. 96-97.

Louis Althusser, por sua vez, se afasta da questão da instrumentalidade do Estado para tratar do seu funcionamento por meio de dois corpos de instituições que caracterizam distintos aparelhos. Nesse contexto, o Judiciário, por exemplo, configura um aparelho repressivo do Estado, constitui um todo organizado, centralizado e com unidade de direção hierarquizada, capaz de assegurar a dominação de classe pela coerção, utilizando-se, predominantemente, da violência (física ou não). Por outro lado, os aparelhos ideológicos do Estado – tal qual o direito – adotam predominantemente a ideologia e, por isso, são mais dispersos, múltiplos, distintos e relativamente autônomos.⁷⁹

O aparelho do Estado e seus dois corpos, os aparelhos repressivos e ideológicos, não são neutros, instrumentais ou unidirecionais, mas essencialmente contraditórios. Assim, o “aparelho” não estaria representado como um *bastão* que serve de alavanca, cuja força empregada de um lado desloca o obstáculo em inércia do outro, e sim como “uma *corda* num cabo-de-guerra, em que a força empregada numa ponta encontra uma resistência proporcional se não igual na outra ponta”. Em outras palavras, “em vez de puro instrumento, *lugar* da luta de classes”.⁸⁰

Conforme propõe Nicos Poulantzas, “o Estado apresenta uma ossatura material própria que não pode de maneira alguma ser reduzida à simples dominação política”, ou seja, o aparelho do Estado não se esgota no poder do Estado, não sendo integralmente produzido e nem monopolizado pelas classes dominantes.⁸¹

Assim sendo, para compreender a dinâmica do Judiciário é possível conformá-la a partir da disputa que o conflito de classes assume na arena política do Estado. No sistema capitalista contemporâneo, a dialética das relações sociais pode indicar novas facetas pelas suas contradições internas e da própria luta de classes. Ao analisar o Estado e as lutas populares, conclui Poulantzas:

Em resumo, as lutas populares estão inscritas na materialidade institucional do Estado, ainda que não se esgotem nela; materialidade que traz a marca dessas lutas surdas e multiformes. As lutas políticas que visam ao Estado

⁷⁹ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 10 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. p. 62-72.

⁸⁰ ALBUQUERQUE. *Op. cit.* p. 16.

⁸¹ POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. Tradução Rita Lima. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 12-13.

não estão – como, em termos mais gerais, não está qualquer luta face aos aparelhos de poder – em posição de exterioridade ao Estado, mas derivam da sua configuração estratégica: o Estado, como ocorre com qualquer dispositivo de poder, é a condensação material de uma *relação*.⁸²

Essa perspectiva relacional de Estado é caracterizada por uma relação de forças ou, mais precisamente, a condensação material de tal relacionamento entre as classes e as frações de classe. Em outras palavras, o Estado é o espaço de luta de e entre classes e grupos sociais, não sendo homogêneo nem impermeável às contradições, mas imbuído de fissuras e permeado pelas contradições e lutas sociais.⁸³

Desse modo, evita-se a discussão do “eterno pseudodilema” entre o Estado concebido como coisa-instrumento ou sujeito. Assim, para Poulantzas, “o Estado não é pura e simplesmente uma relação, ou a condensação de uma relação; é a condensação *material e específica* de uma relação de forças entre classes e frações de classes.” Estas, pertencentes ao bloco no poder, por sua vez, participam da dominação política na medida em que estão presentes *no* Estado, cujos aparelhos e ramos, dirigidos de modo vertical e horizontal, constituem uma aliança conflitual que concentra e cristaliza determinado interesse.⁸⁴

Os distintos aparelhos, nos quais se incluem a própria magistratura, com frequência representam interesses divergentes entre si e com alguns componentes do bloco no poder, tais como os grandes proprietários de terras, capital não monopolista, capital monopolista (bancária ou industrial), burguesia internacionalizada ou interna.⁸⁵

Por outro lado, as contradições não se reduzem às classes e frações do bloco no poder, mas também dependem do papel do Estado perante às classes dominadas. Esse processo encontra-se “igualmente inscrito na ossatura organizacional do Estado como condensação material de uma relação de forças entre classes”. Em síntese, “o Estado concentra não apenas a relação de forças entre frações do bloco no poder, mas também a relação de forças entre estas e as

⁸² POULANTZAS, Nicos. *O Estado e as lutas populares*. In: **Poulantzas: sociologia**. Coletânea Grandes Cientistas Sociais, nº 47. Org. Paulo Silveira, coord. Florestan Fernandes. Tradução Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo: Ática, 1984. p. 150.

⁸³ POULANTZAS, Nicos. *Op. cit.* **O Estado, o poder...** p. 148.

⁸⁴ POULANTZAS. *Ibid.* p. 130-131, 135.

⁸⁵ POULANTZAS. *Ibid.* p. 135.

classes dominadas”.⁸⁶

Desse modo, as lutas populares não são lhe são exteriores, mas estão fortemente presentes e inseridas na estrutura material do Estado, em sua relação com as relações de produção, sua organização hierárquico-burocrática, na reprodução da divisão social do trabalho.

A partir dessa breve reflexão sobre a organização do Estado e suas contradições internas, é possível perceber o cenário de luta de classes nos conflitos fundiários, em especial agrários, pela atuação dos diversos atores sociais nessa arena política, que, não raro, é transferida ao Poder Judiciário. De um lado, encontra-se uma aristocracia latifundiária, historicamente constituída pelo privilégio e sem quaisquer restrições ou limites quanto aos regimes de pertencimento sobre a terra, e, de outro, trabalhadores rurais, camponeses e populações tradicionais condicionados à invisibilidade e tão insistentemente marginalizados.

Por isso, é imprescindível detectar as fissuras decorrentes das contradições internas do Estado, que também se refletem no Judiciário, de modo que o instrumental emancipatório e transformador do direito possam indicar alguma possibilidade de proporcionar o mínimo existencial e de dignidade humana àqueles que mais necessitam. Nesse sentido é a lição de Luiz Fernando Coelho:

As estruturas do direito positivo e as organizações de poder estão ligadas à ordem porque configuram a própria ordem como ideologia; mas o conhecimento científico dimanado da Jurisprudência e da ciência política situam-se em outro plano, o da transformação. À concepção descritiva e retrospectiva do saber voltado para a sociedade, a teoria crítica do direito opõe uma concepção prospectiva e transformadora desse saber, segundo uma dialética que configura seu princípio metodológico basilar.⁸⁷

Dentre as mediações que marcam a crise do positivismo jurídico tem-se a teoria crítica do Direito, que o compreende a partir da “ideologia” e é uma das formas pela qual o sujeito toma consciência da realidade social. Não se trata evidentemente de uma leitura puramente economicista, mas sim, de que o materialismo histórico dialético inclui intermediários concretos que tornam a relação entre a estrutura e a superestrutura muito mais complexa.⁸⁸

Nessa perspectiva se colocam os discursos jurídicos, pois também estão

⁸⁶ POULANTZAS. *Op. cit.* p. 142-143.

⁸⁷ COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 249.

⁸⁸ GOMES. *Op cit. Marx e Kelsen...* p. 44, 85.

sujeitos à relação dialética entre a sociedade e o Estado, ainda que seu espaço público se encontre esvaziado. Tanto o Direito quando o Judiciário configuram um espaço de luta, onde deságuam interesses dos mais diversos. Ambos têm a pretensão de solucionar os conflitos sociais que, com a emergência da esfera social, transferem ao público a satisfação das necessidades básicas vitais.

Nesse sentido, o binômio liberdade e restrição da decisão judicial, à qual alude o estadunidense Duncan Kennedy, teórico pertencente à *Critical Legal Studies* (CLS),⁸⁹ pode ser uma via de reflexão sobre as condições em que o magistrado é colocado, uma vez que revela o aspecto social e político em que se insere a sua motivação.⁹⁰ Pertence à escola hermenêutica denominada pós-realista, que sucede ao realismo americano – o juiz, sendo um ser humano como todos os outros, concebe sua decisão a partir de seus critérios pessoais, irracionais, afetivos, assim como privilegia a realidade fática da disputa em questão, que somados formam a sua convicção.

Assim, no realismo americano, os fundamentos puramente impessoais e silogísticos não teriam mais lugar: “Na verdade, a sentença judicial não seguiria o processo lógico (das premissas à conclusão), mas o processo psicológico (da conclusão à procura das premissas convenientes)”.⁹¹ Nesse contexto as normas jurídicas não têm o destaque dado pelo positivismo científico, muito pelo contrário, teriam maior relevância no momento da decisão do juiz toda a sua humanidade e suas visões do mundo.

Por isso, os realistas defendem que a adjudicação dos conflitos configura um “campo de batalha”⁹² no processo judicial, no qual a sentença pode sofrer

⁸⁹ A *Critical Legal Studies* pertence à escola da Teoria Crítica, sendo esta definida como uma herdeira direta de Karl Marx, uma vez que o seu conteúdo pode ser definido como a continuidade da obra deste, seja diretamente (por ele mesmo) ou indireta, por meio da interpretação do legado marxista que compreende uma pluralidade de escolas e pensadores. Seu objeto, em síntese, busca a identificação das patologias do modo de produção capitalista para superar a dominação de classe, bem como seus mecanismos de bloqueios e potencialidades que orientam à emancipação (NOBRE, Marcos. *Introdução: Modelos de Teoria Crítica*. In: NOBRE, Marcos (Org.) **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papius, 2008. p. 9-20).

⁹⁰ KENNEDY, Duncan. **Libertad y restricción en la decisión judicial**: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Tradução de Diego Eduardo Lopez Medina e Juan Manuel Pombo. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999.

⁹¹ HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). 11 ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 65.

⁹² RODRÍGUEZ, César. *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad*

interferências infinitas a partir do lugar, do momento e das inclinações políticas em que se encontram. Elas refletem e reproduzem a dinâmica política e social, e, em grande medida, contribuem para a manutenção das desigualdades sociais:

Neste sentido, a luta ideológica se estende no âmbito do direito; a definição das regras jurídicas é um dos campos de batalha fundamentais entre as ideologias opostas. Desta forma, o direito em geral, e as decisões judiciais em particular, são uma extensão da política.⁹³

Os países que adotam o controle de constitucionalidade enfrentam uma grande quantidade de temas que potencialmente são objeto de judicialização, em especial quando a Constituição tende a uma descrição analítica de direitos e deveres do Estado e seus cidadãos.

Segundo Duncan Kennedy, esses temas são de quatro categorias: 1) o tratamento de determinados grupos sociais e de suas práticas, em que se incluem o multiculturalismo, o direito à diferença e das minorias; 2) a concepção de mercado, a burocracia (pública e privada) e os sistemas familiares, e seu impacto sobre o poder de barganha relativo dos grupos sociais; 3) a escolha de mecanismos repressivos no exercício do poder de sanção do Estado ou por particulares; e 4) os procedimentos de tomada de decisões no âmbito público e privado a partir da definição dos mecanismos de caráter participativo ou autoritário em ambas as esferas.⁹⁴

Nas quatro temáticas, as decisões tomadas pelos juízes podem produzir três tipos de efeitos para os grupos sociais envolvidos no processo e em confronto ideológico. Em primeiro lugar, o favorecimento de um em detrimento do outro, no caso concreto, pode condicionar o comportamento futuro desses setores. Além disso, a decisão também pode constituir um precedente que influenciará os próximos julgamentos, ainda que com poder relativo. Por fim, a partir da imagem do juiz como sujeito imparcial, sua decisão tende a gerar um “efeito de conversão”, ou seja, a crença do público que o conteúdo da sentença é o correto.⁹⁵

de los jueces: Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. In: KENNEDY, Duncan. **Libertad y restricción en la decisión judicial**: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Tradução de Diego Eduardo Lopez Medina e Juan Manuel Pombo. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999. p. 27. [tradução livre].

⁹³ RODRÍGUEZ. *Op cit.* p. 65.

⁹⁴ KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

⁹⁵ KENNEDY. *Op. cit.* **Libertad y restricción...**

Essas e outras mediações de Kennedy também são apresentadas na sua obra “Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)” cuja análise, em suma, apresenta uma narrativa em primeira pessoa de um juiz que se vê diante de um caso concreto em que há um aparente conflito entre “a lei” (ou “o direito”) e a “sentença a que quero chegar”.

A metáfora adotada por Duncan Kennedy é a da lei como matéria-prima para construção de uma argumentação persuasiva, como argila úmida que deve ser utilizada e dar-lhe forma antes que seque endureça. Do mesmo modo, sendo matéria-prima, assim como um jogo de ladrilhos, a lei restringe e limita a liberdade, pois somente poderá cobrir um espaço determinado e em certas e determinadas condições.

Assim, ainda que não exclusivamente, a lei é percebida como “um meio através do qual se luta por um projeto, antes de ser algo que nos diz o que devemos fazer”.⁹⁶ Ela pode ser uma armadura ou barreira protetora, mas não determina o resultado jurídico por si só. A tarefa do juiz é deixar de ser um “operador” do direito e compreender o significado da justiça pela sua *desconstrução e aporias*⁹⁷.

Na concepção de Eros Roberto Grau, também filiado à desconstrução de Jacques Derrida, interpretação da lei e a consequente decisão jurídica pressupõem a sua reinstauração e reinvenção – mais do que dramática, a decisão judicial é terrível na medida em que “há de ser a um só tempo regrada e sem regra, há de conservar a regra [a lei] e destruí-la ou suspendê-la, para reinventá-la em cada caso”.⁹⁸

Por isso, Grau sustenta que ser um “juiz de esquerda” não é suficiente para determinar as suas decisões:

Ser juiz de esquerda, isso não deve determinar as suas decisões. Saber-se, perante cada caso que se tem de julgar, o que se deve fazer – porque o juiz não pode, o juiz deve, em cada caso, fazer o que deve fazer; não o que os outros esperam que ele faça por ser, na consciência de cada qual, um juiz de esquerda – saber-se o que se deve fazer é uma virtude. Não no sentido de afirmar-se, o juiz, como virtuoso, expondo a vaidade dos pequeninos,

⁹⁶ KENNEDY. *Ibid.* p. 120.

⁹⁷ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o “fundamento místico da autoridade”. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional*. In: COUTINHO, Aldacy et al. (Com. Org.). **Liber Amicorum**: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra, São Paulo: Coimbra, 2009. p. 119.

que o tempo esquecerá, mas no sentido aristotélico.⁹⁹

Assim sendo, diante das circunstâncias de cada caso concreto ao magistrado é conferido o poder de decidir, pelo trabalho quase artesanal de interpretar as leis e a elas conferir eficácia. Por isso, nos conflitos fundiários frequentemente judicializados, mais do que uma questão de luta de classes, é preciso fazer com que o estado-juiz concretize suas promessas de Estado social que permanecem no porvir.

Dentre os mecanismos que o ordenamento jurídico atualmente oferece para dar cabo ao direito à reforma agrária encontra-se o instituto da desapropriação judicial do Código Civil, em que a intervenção do magistrado pode indicar um caminho apto a garantir um pedaço de chão para viver a um grande número de camponeses excluídos pela lógica perversa do sistema.

⁹⁹ GRAU. *Ibid.* p. 118.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cinco séculos se passaram desde a chegada dos portugueses no Brasil e a problemática de distribuição fundiária persiste de forma endêmica. É inadmissível que em um país com extensão continental e de terras tão férteis ainda tenhamos tanta miséria e fome. Um país que está entre os maiores PIB's (Produto Interno Bruto) do mundo também está entre os que lideram o *ranking* de desigualdade social.

A propriedade privada da terra continua sendo a causa de muitas mortes no campo, dos conflitos agrários e da inacessibilidade de direitos fundamentais mais básicos das classes mais oprimidas.

A superação do conceito absoluto do direito de propriedade no Executivo, Legislativo e Judiciário ainda resiste, mas precisa ser logo superado. O primeiro tem competência exclusiva para decretar as desapropriações, seja através da Administração Pública direta ou indireta. Já no Legislativo é preciso quebrar com a lógica conservadora e os interesses do capital, que de forma mais escancarada representam somente àqueles que se beneficiam de um sistema tão injusto. Por sua vez, ao Judiciário cabe maior atenção aos “efeitos multiplicadores” de suas decisões, que não só podem como devem interferir nas políticas públicas e ultrapassar os dogmas da propriedade individual.

O conceito de propriedade precisa se adequar ao novo paradigma da contemporaneidade. A tutela dos direitos difusos e coletivos há que ser priorizada, e a liberdade ser abordada não pelo viés do individualismo, mas sobre toda a sociedade e os riscos permanentes que ela se submete.

Assim, a judicialização das políticas públicas, especialmente àquelas em que há um conflito de classe sobre matéria fundiária, tende a ampliar a arena política também sobre a esfera do Poder Judiciário, cujos atores e contradições internas caracterizam um violento cenário de luta pela terra.

Em regra, o caráter classista das decisões discursivamente declaradas “imparciais” não ameniza ao conflito, ao contrário, cada vez mais oprime e expropria à mão de obra de milhares de trabalhadores e trabalhadoras rurais, limita suas liberdades e torna a emancipação um objetivo cada vez mais distante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos; revisão da tradução de Nívia Mônica da Silva. 1 ed., 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Introdução: Althusser, a ideologia e as instituições*. In: ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 10 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. p. 7-51.

ALFONSIN, Jacques Távora. *Apontamentos sobre alguns julgados brasileiros*. In: In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (org.). **O direito achado na rua vol 3**: Introdução crítica ao direito agrário. Brasília, Universidade de Brasília, Decanato de Extensão, Grupo de Trabalho de apoio à Reforma Agrária, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 269-282.

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: SAFE, 2003.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 10 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed, 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>
Acesso em 14.09.2009.

BERCOVICCI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 61. p. 5-24. 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. SAULE JÚNIOR, Nelson; DI SARNO, Daniela Campos Libório; AURELLI, Arlete Inês (coord.). **Série pensando o direito**: conflitos coletivos sobre a posse e a propriedade de bens imóveis. São Paulo, Brasília, n. 7, set.2009.

BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Reimpressão. Brasília: SEDH, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de

Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2003. p. 17-42.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1991.

COURTIS, Christian. *Crêrrios de justiciabilidade dos direitos econômicos sociais e culturais: uma breve exploração*. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 487-513.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o “fundamento místico da autoridade”**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo vol. 4**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sergio; FRIGO, Darci. *A luta por direitos e a criminalização dos movimentos sociais: a qual Estado de Direito serve o sistema de justiça?* In: COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Conflitos no campo Brasil 2009**. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 119-126.

GARAPON, Antoine. **Le Gardien de Promesses**. Paris. Ed. Odile Jacob, 1996.

GOMES, Orlando. *Marx e Kelsen*. In: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 49-115.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Sobre a prestação jurisdicional*. In: COUTINHO, Aldacy et al. (Com. Org.). **Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor Antônio José Avelãs Nunes**. Coimbra, São Paulo: Coimbra, 2009.

GUTERRES, José Augusto. **A questão agrária brasileira e a atuação do MST para efetivação de direitos à luz do conceito de hegemonia de Gramsci**. 2008. 185 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução de William Rehg. Cambridge - Massachusetts, MIT Press: 1998.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)**. 11 ed. rev., ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

IWASAKI, Micheli Mayumi. *“Supremocracia” e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira*. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: Homenagem ao Professor Mário de Figueiredo Barbosa. Salvador, n. 19, p. 151-171. fev.2010.

IWASAKI, Micheli Mayumi; LORENZETTO, Bruno Meneses. *A redução do espaço público e a judicialização da política: reflexões a partir de Hannah Arendt e Chantal Mouffe*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, n. 19, 2010, Florianópolis. **Anais...** (no prelo)

JÚNIA, Raquel. **PNDH 3: menos dispositivos para coibir a violência no campo**. Disponível em: <<http://pndh3.com.br/noticias/pndh-3-menos-dispositivos-para-coibir-a-violencia-no-campo/>>. Acesso em 16.12.2010.

KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

KENNEDY, Duncan. **Libertad y restricción en la decisión judicial**: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS). Tradução de Diego Eduardo Lopez Medina e Juan Manuel Pombo. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?**: O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24-33.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 2 ed. São Paulo: Busca Vida, 1987.

MARX, Karl. *K. Marx: teoria e processo histórica da revolução social*. In: FERNANDES, Florestan (Org.) **K. MARX F. ENGELS**: História. 3 ed. São Paulo: Ática, 1989.

MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Tradução de Ana Cecília Simões. Revisão científica Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 1996.

NOBRE, Marcos. *Introdução: Modelos de Teoria Crítica*. In: NOBRE, Marcos (Org.) **Curso livre de Teoria Crítica**. Campinas: Papius, 2008. p. 9-20.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado e as lutas populares*. In: **Poulantzas: sociologia**. Coletânea Grandes Cientistas Sociais, nº 47. Org. Paulo Silveira, coord. Florestan Fernandes. Tradução Heloísa Rodrigues Fernandes. São Paulo: Ática, 1984.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. Tradução Rita Lima. 4 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RODRÍGUEZ, César. *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y*

la neutralidad de los jueces: Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. In: KENNEDY, Duncan. **Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS).** Tradução de Diego Eduardo Lopez Medina e Juan Manuel Pombo. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça: o privado e público na vida social e histórica.** 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 2005.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos.* In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

SILVA, Luiz Inácio Lula da. *Apresentação.* In: BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3).** Reimpressão. Brasília: SEDH, 2010. p. 11-14.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais.* In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A função social da terra.** Porto Alegre: SAFE, 2003.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros.* In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

